

# Considerações iniciais sobre a nova regra constitucional da promoção por merecimento dos juízes

**Autor: Rômulo Pizzolatti**

Desembargador Federal do Tribunal  
Regional Federal da 4ª Região

Publicado na Edição 24 - 02.07.2008

## Introdução

A regra do merecimento para promoção dos juízes, ao lado da antigüidade (Constituição Federal - CF, art. 93, II), é bastante antiga, remontando, no nosso país, à época colonial. Tanto a interpretação quanto a aplicação dessa regra sempre renderam controvérsias, mas não soluções, porque os tribunais sempre decidiram qual juiz deveria ser promovido por merecimento mediante eleição com voto fechado, sem justificar os motivos. A não ser que demonstrasse irregularidade no procedimento formal da eleição, nenhum prejudicado poderia reclamar, em juízo, que a regra do merecimento havia sido substancialmente transgredida.

Embora já sob a vigência da redação original da Constituição de 1988 muitos sustentassem que, por força do disposto (aliás, claramente disposto) nos incisos IX e X do art. 93, combinados, os julgamentos de promoção por merecimento deveriam ser motivados e públicos, isso só veio a **efetivar-se** após a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004, menos pela nova redação que conferiu àqueles incisos do que por haver criado um órgão de controle do Poder Judiciário – o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – que, **por dotado de poder sancionador**, pôde enfim impor, sem possibilidade de resistência, a necessidade de motivação e publicidade dos julgamentos de promoção por merecimento, o que fez mediante a Resolução nº 6, de 13.09.2005 (**Dispõe sobre a aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau**). Como se vê, antes da criação e da instalação do Conselho Nacional de Justiça, os incisos IX e X do art. 93 da Constituição, no que respeitavam às promoções por merecimento, eram mais regras éticas do que propriamente jurídicas, por inexistência de controle jurisdicional, em caso de descumprimento.

Como atualmente não mais se põe em dúvida que devem ser motivados e públicos os julgamentos de promoção dos juízes por merecimento, mostra-se indispensável e urgente envidar esforços para interpretação da regra constitucional que trata da “aferição do merecimento”, contida na seguinte redação da alínea c do inciso II do

art. 93 da CF, dada pela EC nº 45, de 2004: **aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.** A indispensabilidade e a urgência da tarefa interpretativa ficam patentes pelo fato de que a Resolução nº 6, de 13.09.2005, do CNJ, assinou a todos os tribunais do país o prazo de 120 dias para disciplinarem a regra constitucional da aferição do merecimento (art. 4º).

## **1 A cláusula da conformidade ao desempenho**

De início, observo que a regra constitucional contém uma cláusula geral de aferição do merecimento (**conforme o desempenho**), que à primeira vista torna redundantes **os critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição**, indicados na mesma alínea c do inciso II do art. 93 da CF. Com efeito, falar em **desempenho** é já dizer tudo. Magistrado com desempenho meritório é, em termos gerais, aquele operoso, que dá o máximo de si no exercício do cargo, agiliza a instrução e o julgamento dos feitos, não deixa de herança para seu sucessor causas antigas de alta complexidade, busca incessantemente aperfeiçoar-se. Ademais, dizer **desempenho** é afastar julgamentos subjetivos, porque relevante será a **atuação** do juiz, e não a **pessoa** do juiz.

Uma análise mais detida do conceito de desempenho (equivalente ao de **performance** da língua inglesa) confirma a percepção inicial de que a cláusula da aferição **conforme o desempenho** inclui em seu sentido a dos **critérios objetivos de produtividade e presteza** no exercício da jurisdição. É que, segundo o cientista político Karl Deutsch, em todas as situações em que haja resultados a atingir mediante esforços, de automóveis a governos, o desempenho pode ser avaliado ou medido pelo resultado atingido em comparação com os custos e outras condições adversas que tornavam sua obtenção improvável.(1)

A insistência da EC nº 45, de 2004, em afirmar a mesma coisa por expressões mais ou menos equivalentes não deixa, porém, de ser justificada. Quis, com esse expediente, ser **explícita à exaustão**, para mais eficazmente elidir práticas antigas, há muito incrustadas em grande parte das nossas instituições judiciárias. Prova disso é que – fato inédito em termos mundiais – desceu ao ponto de determinar a **imediata distribuição dos processos**, em todos os graus de jurisdição! Esse espírito de ostensiva beligerância da EC nº 45 contra o passado está presente em várias outras das suas disposições, inclusive na nova redação dada à alínea c do inciso II do art. 93 da CF.

## 2 A objetividade da aferição do merecimento

Outro ponto que suscita dúvidas ao intérprete está na **objetividade** da aferição do merecimento.

De um lado, há os que negam a possibilidade de a aferição ser objetiva. Entre eles está um Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso. Eis a opinião que, durante um julgamento, manifestou:

“Quando a Constituição estabeleceu essa distinção – seria acaciano estar lembrando isso – estabeleceu uma diferença entre um critério objetivo e um subjetivo. O que está à raiz das normas constitucionais do artigo 93, II, e do artigo 129, § 4º, é exatamente a distinção da natureza dos critérios. Um deles – a antiguidade – é objetivo, porque depende de fato objetivo. O outro é tipicamente subjetivo, porque implica estima, valoração pessoal – o merecimento –, e não leva em conta critérios que independam da avaliação pessoal do julgador; pode ter ingredientes de ordem objetiva que sirvam a orientar o julgamento de quem deva fazer a avaliação do merecimento do candidato, do funcionário, do promotor ou do juiz, isto é, presteza etc. Mas são critérios secundários que ajudam o julgador a orientar-se na formulação do seu juízo subjetivo.”(2)

Também não vê objetividade na aferição do merecimento o juiz federal e professor Saulo José Casali Bahia, ao sustentar que

“(...) As condições de exercício da função judicial em diferentes Comarcas, Juízos ou Seções Judiciárias são tão díspares que é facilmente fadada ao malogro a tentativa de apuração do critério de produtividade em termos absolutos (pois não se pode considerar menos produtivo o juiz que tenha exercício em local de menor movimento forense que outro) ou em termos relativos (pois não é menos produtivo o juiz que labora em local com acúmulo de feitos em relação a outro que labora em local onde esse acúmulo não existe). Além disso, várias situações concorrem para que a produtividade e a presteza sejam afetadas (competência eleitoral cumulativa, substituição em outras Comarcas ou Juízos, participações em mutirões, especialidade da matéria, etc.). As exceções serão tantas, enfim, que a objetividade parece ser apenas uma quimera a ser alcançada. É absolutamente impossível comparar magistrados em situações diversas, em termos objetivos, a fim de definir que o ‘merecimento’ de um deles possa superar o do outro. Ajunte-se à questão que o critério ‘desempenho’ foi colocado de modo isolado e cumulativo com os demais (produtividade e presteza), sem previsão de aferição de modo objetivo.”(3)

Já o juiz de direito e professor Olavo de Oliveira Neto opina que o merecimento é de caráter subjetivo, mas pode ser transformado em objetivo mediante **prévia pontuação**, tanto em relação aos critérios indicados no art. 93, II, c, da CF, quanto em relação a outros que forem definidos por lei, como – os exemplos são dele – tempo de serviço, exercício do magistério, publicações, prêmios recebidos, outras funções exercidas.**(4)**

De minha parte, sustento posição intermediária: os critérios constitucionais são objetivos e a aferição do merecimento pode – e deve – ser objetiva, porém não ao extremo de se estabelecer **prévia pontuação**.

De fato, tendo a Constituição afirmado claramente que a produtividade e a presteza são critérios **objetivos (...aferição do merecimento... pelos critérios objetivos de produtividade e presteza...)**, fica difícil ao intérprete argumentar o contrário, que são **subjetivos**. Por outro lado, a objetividade sempre foi compatível com a avaliação pessoal ou julgamento. **O fato de a objetividade** – diz o filósofo André Comte-Sponville – **nunca ser absoluta, e isso é mais do que evidente (pois que conhecimento só há para um sujeito), não autoriza ninguém a dizer que ela é impossível; pois, nesse caso, as ciências e a justiça também o seriam.****(5)** E para prová-lo basta um pequeno exemplo: quem defenderá que é subjetiva a dosagem da pena, pelo juiz criminal, sob a inspiração das chamadas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal?

Há, aqui, necessidade de tornar clara uma distinção. Existem de um lado critérios objetivos, no sentido **de livres de interesses, de gostos, de preconceitos, imparciais, isentos, fundados na razão, e não na simpatia ou antipatia pessoal,****(6)** e de outro lado **julgamento objetivo**, que, embora seja avaliação pessoal, não perde a objetividade exatamente porque é motivado, permitindo posterior controle. A **objetividade** da apuração do merecimento resulta que ao mesmo tempo sejam observados critérios objetivos e que o julgamento mesmo seja objetivo. Assim é que, no regime anterior à EC nº 45, de 2004, apesar de a Constituição (redação original do art. 93, II) e a Lei Complementar (LC) nº 35, de 1979 (art. 80, § 1º, II), apontarem critérios objetivos, o merecimento dos juízes era apurado por eleição secreta, sem votos motivados, o que solapava a objetividade. É também o que ocorre no julgamento dos desfiles das escolas de samba: embora os critérios sejam técnicos (objetivos), o julgamento propriamente dito é subjetivo, pois basta ao membro do júri indicar a nota que dá neste ou naquele quesito, estando dispensado de motivá-la.

A distinção que vem de ser feita é importante porque o artigo 5º da Resolução nº 6, de 13.09.2005, do CNJ permitiu que os tribunais do

país, enquanto não regulamentassem a regra constitucional da aferição do merecimento, deveriam **fundamentar detalhadamente suas indicações, apontando critérios valorativos que levaram à escolha**. Com base nessa um tanto ingênua autorização, alguns tribunais passaram a promover juízes por merecimento, em sessão pública e com votos motivados, mas com preponderância de critérios de gosto pessoal ("voto nesse juiz porque é da minha terra", "voto nesse juiz porque é de família tradicional", "voto nesse juiz porque é meu amigo"...). Daí se conclui que não basta seja objetivo (motivado) o julgamento, sendo indispensável a utilização de critérios objetivos (isto é, livres de interesses, de gostos, de preconceitos; isentos, imparciais).

Já o sistema de **pontuação prévia** dos critérios objetivos do merecimento subtrai aos juízes-avaliadores a competência constitucional para arbitrar, caso a caso, o merecimento dos candidatos à promoção, mediante voto aberto e fundamentado. Ora, admitida a pontuação prévia do merecimento, nem sequer haveria necessidade de **julgamento** da promoção, pois seria automaticamente promovido aquele candidato que obtivesse a averbação, em seu prontuário, do maior número de pontos. Por isso, qualquer mecanismo que anule a prerrogativa de **livre convencimento motivado** dos membros do órgão avaliador está eivado de inconstitucionalidade. Enfim, não é difícil perceber que o sistema da **pontuação prévia** restaura o arcaico método das **provas tarifadas**, há muito banido do processo, seja ele judicial, seja administrativo.

### **3 Caráter exaustivo ou exemplificativo do rol de critérios**

Cabe agora interpretar se os critérios objetivos do merecimento (produtividade e presteza) são exaustivos ou se são apenas exemplificativos, caso em que poderiam ser incluídos outros, como o da "segurança no exercício da jurisdição", que constava da redação anterior do art. 93, II, c, da CF, tal como fez o Conselho da Justiça Federal (CJF), por meio da Resolução nº 1, de 20.02.2008 (art. 22).

Malgrado a redação do novo texto constitucional seja aparentemente taxativa, referindo-se, com uso de artigo definido, a apenas dois critérios objetivos, certo é que, segundo restou acima demonstrado (nº 1), os critérios da produtividade e presteza estão **contidos** na cláusula da aferição do merecimento **conforme o desempenho**.

Disso resulta que a disciplina infraconstitucional da regra da aferição do merecimento pode indicar outros critérios objetivos, pelos quais possa ser avaliado o desempenho do magistrado.**(7)**

### **4 Algumas propostas de outros critérios objetivos de aferição do desempenho**

As propostas adiante, entre as diversas que podem ser aventadas, levam em conta que o funcionamento da Justiça padece de defeitos congênitos e de vícios adquiridos que poderiam, se não eliminados, ser ao menos mitigados mediante a estimulação de certas práticas, que constituirão, assim, critérios objetivos de desempenho do magistrado.

**1ª Proposta.** A) **Justificativa:** um defeito congênito da organização da Justiça é a desigual distribuição da força de trabalho dos juízes. Há unidades judiciais (juízos, varas) em que o volume de serviço está aquém da força de trabalho do(s) magistrado(s), e outras em que está além. No Poder Judiciário da União o problema é potencializado pelo fato de as unidades judiciais contarem sempre com dois cargos de juiz. Assim, há unidades judiciais em que o volume do serviço está abaixo da capacidade normal de um só juiz, mas dois estão lotados. Ora, havendo força de trabalho judicante ociosa, deve ser estimulada a prática do auxílio a unidades sobrecarregadas. B) **Proposta:** Constitui fator positivo de desempenho a atuação do magistrado em função de auxílio, quando tiver disponibilidade para tanto.

**2ª Proposta.** A) **Justificativa:** um problema antigo da Justiça, potencializado pelo fenômeno da **explosão da litigiosidade** e automática elaboração de estatísticas dos atos judiciais, é que os processos de instrução mais complexa se eternizam, enquanto são rapidamente julgados processos rotineiros e/ou de baixa complexidade. A consequência disso é que, ao assumir a unidade judicial, geralmente o novo magistrado encontra os processos simples ou rotineiros todos julgados e os antigos e complexos ainda por instruir ou julgar. Não há estímulo a que o juiz instrua e julgue processos que lhe tomem muito tempo, pois se o fizer ficará “mal nas estatísticas”. Deve-se buscar reverter esse quadro mediante estímulos no sentido contrário. B) **Proposta:** Constitui fator positivo de desempenho a dedicação do magistrado em instruir e julgar processos de maior complexidade e que lhe exijam mais tempo de exame.

**3ª Proposta.** A) **Justificativa:** defeito crônico que tem contribuído significativamente para a morosidade da Justiça é a falta de instituição de práticas que simplifiquem a condução e a instrução do processo, que privilegiem a economia processual e acelerem os julgamentos. O sistema de controle por estatísticas reforça esse quadro, porque a adoção institucionalizada de práticas simplificadoras e aceleradoras do processo implica grande volume de processos conclusos simultaneamente para sentença, assombrando os juízes com o fantasma de ficarem “mal nas estatísticas”. B) **Proposta:** Constitui fator positivo de desempenho a instituição de práticas que

simplifiquem a condução e a instrução do processo, que privilegiem a economia processual e acelerem os julgamentos.

## 5 Mérito e cumprimento dos deveres funcionais básicos

Noticia o brasilianista Stuart B. Schwartz que nos tempos do Brasil colonial o mérito ou excelência dos juízes **era um princípio negativo, pois a sua ausência, e não a sua presença, é que era considerada para fins de promoção burocrática.** O merecimento, conta ele, não estava num desempenho excepcional, mas sim no cumprir o magistrado burocraticamente os deveres do cargo com honestidade e imparcialidade, **sem causar uma maré de reclamações.**(8)

Quiçá o nosso Matias Aires, nas suas **Reflexões sobre a Vaidade dos Homens**, publicadas originalmente em 1752, tivesse esse exemplo presente quando, ao tratar da vaidade nas cousas da Justiça, escreveu que

“O mundo está tão pervertido, que a bondade dos homens não se tira da razão de serem bons, mas da razão de não serem maus; o nome da virtude não vem da virtude presente, mas do vício ausente; o merecimento das cousas não se toma pelo que são, nem pela forma que têm, mas pelo que não são, e pela forma contrária que não têm. Daqui vem que uma ação é louvável só porque não é repreensível.”(9)

Ora, tendo a Constituição, na atual redação da alínea c do inciso II do seu art. 93, feito uso dos vocábulos **merecimento, desempenho, produtividade, presteza**, todos com forte carga valorativa, e consideradas as palavras de Matias Aires, é lícito concluir que o mérito do magistrado não decorre hoje do **cumprimento dos deveres funcionais básicos** arrolados no art. 35 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (assiduidade, pontualidade, residência na comarca, tratamento com urbanidade às partes e aos procuradores, manutenção de conduta irrepreensível na vida pública e privada, inexistência de excesso injustificado no sentenciar ou despachar etc.).(10)

É bem verdade que a EC nº 45, de 2004, introduziu um requisito negativo para a promoção por merecimento, ou seja, não incorrer o magistrado em atraso injustificado no despachar ou decidir (CF, art. 93, II, e). Mas a ausência desse requisito negativo não implica o oposto, vale dizer, mérito ou excelência. O juiz que despacha e sentencia nos prazos legais, tendo pouco volume de serviço, cumpre, sem mérito, um dever funcional (LC nº 35, de 1979, art. 35, II). Agora, o juiz que tem grande volume de serviço e ainda assim cumpre os prazos legais terá mérito, por sua **produtividade e**

**presteza.** Haverá de se reconhecer mérito, contudo, àquele primeiro juiz, caso se disponha espontaneamente a exercer função de auxílio para desafogar alguma unidade judicial sobrecarregada.

## **6 A antigüidade como fundamento preponderante do merecimento**

Em dois julgados paradigmáticos, o Supremo Tribunal Federal (STF), por seu plenário, estabeleceu que a antigüidade e o merecimento são critérios visceralmente distintos, não sendo sequer lícito utilizar aquela para desempate em promoção por merecimento (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 189, rel. Min. Celso de Mello, julgamento concluído em 09.10.1991, acórdão publicado na RTJ 138\*\*/371; Ação Originária nº 70, rel. p/ o acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgamento concluído em 09.04.1992, acórdão publicado na RTJ 147\*\*/345).

Disso decorre que será extravagante, numa promoção por merecimento, fundamentar-se voto em determinado candidato preponderantemente na sua antigüidade. A seguir-se à risca a orientação do STF, esse voto será nulo, e, dependendo do resultado, poderá ser necessário repetir-se toda a votação.

## **7 O objeto da aferição do merecimento: o paradoxo da Constituição**

Há um paradoxo embutido na regra constitucional da aferição do merecimento dos juízes. Estabelecem-se, por ela, critérios que se referem ao desempenho do coletivo em que atua o magistrado (vara ou gabinete de colegiado), quando deveriam logicamente referir-se ao desempenho individual do magistrado, sendo certo que é da sua promoção pessoal que se trata.(11)

Ora, um magistrado pode ser extremamente seguro e rápido no examinar os autos de um processo, no presidir uma audiência, no prolatar uma sentença ou redigir um voto, mas a vara (ou gabinete) em que ele atua pode, ainda assim, ter baixa produtividade, além de ali os processos em geral tramitarem morosamente, e isso por uma série de fatores sobre os quais o magistrado tem pouco ou nenhum domínio (servidores insuficientes e/ou deficientes, falta de ambiente de trabalho adequado, grande número de processos antigos e complexos recebidos por sucessão etc.). Numa situação assim, o magistrado será, segundo as estatísticas e a visão oficial, considerado moroso e de baixa produtividade, apesar de ele, pessoalmente, ser exatamente o oposto disso. Também o contrário pode acontecer: às vezes o magistrado, individualmente considerado, não tem o dom da operosidade e da rapidez, mas por sorte assume um juízo organizado



e com excelente quadro funcional, o que o leva a ganhar a fama, um tanto imerecida, de operoso e rápido, à força de dados estatísticos.

O paradoxo constitucional é potencializado pelo recente fenômeno da **terceirização do juiz** (delegação de fato de funções jurisdicionais a assessores ou outros auxiliares),**(12)** mais perceptível nos órgãos colegiados (tribunais e turmas recursais) do que nos juízos de primeira instância. Centenas ou mesmo milhares de processos são julgados em tempo mínimo, sob a responsabilidade de um juiz que assina digitalmente as decisões, sem ter examinado pessoalmente os autos, caso a caso. Com esse novo sistema de trabalho, tem-se, pela visão das estatísticas, um desempenho coletivo excepcional, sem saber-se exatamente qual a parcela de **desempenho pessoal** do juiz.

Por isso mesmo, os juízes que avaliarão os candidatos à promoção por merecimento não podem cair na armadilha de aferir o desempenho individual do magistrado pelo desempenho do juízo em que ele atuou. É evidente que se o magistrado ali trabalhou muitos anos os desempenhos individual e coletivo se aproximarão bastante. Mas na grande maioria dos casos será necessário distinguir entre o **desempenho do juiz** e o **desempenho do juízo**.

Para esse fim, as corregedorias-gerais de justiça, mais que remeter estatísticas aos juízes-avaliadores, deverão encaminhar-lhes dados pelos quais possa ser avaliado com amplitude o ambiente de atuação do juiz.

Os candidatos à promoção por merecimento, a seu turno, têm direito de participar da instrução do processo administrativo correspondente, encaminhando a seu relator os documentos e as razões que tiverem, como lhes garante a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999, art. 3º, III), a fim de que sejam considerados por ocasião do julgamento.

## **8 Vinculação do merecimento ao desempenho ou exercício da judicatura**

Da cláusula geral da aferição do merecimento **conforme o desempenho**, combinada com a dos critérios objetivos de produtividade e presteza **no exercício da jurisdição**, extrai-se que o merecimento é aferido pela efetiva atuação no nível da carreira em que se encontra o magistrado. Justifica-se essa interpretação porque, além da explícita menção ao **exercício da jurisdição**, o termo **desempenho** significa também **exercício** (de cargo, de função etc.), segundo registrado pelos dicionaristas.**(13)**

Daí decorre que o tempo em que o juiz estiver licenciado para tratamento de saúde, afastado para realizar curso de aperfeiçoamento ou em disponibilidade com vencimentos integrais**(14)**, entre as várias hipóteses de falta justificada de exercício da magistratura, não constitui **desempenho** do cargo, motivo pela qual o objeto do merecimento reduz-se, podendo até desaparecer por completo. Exemplo dessa última hipótese ter-se-ia no caso do juiz que, logo após promovido, afasta-se para curso de aperfeiçoamento e postula, ainda durante a licença ou o afastamento, nova promoção. Seu merecimento, do ponto de vista da Constituição, é nulo, por impossibilidade material,**(15)** embora o curso que ele tenha feito com aproveitamento lhe possa valer para futura promoção, acoplado ao **desempenho** posterior da judicatura. É que o período de desempenho do cargo, já considerado para uma promoção por merecimento, não pode valer para outras promoções, porque pode ocorrer que haja decadência (um juiz operoso pode com o tempo transformar-se em juiz inoperoso), enquanto um título acadêmico acompanha sempre o seu possuidor (quem obteve o título de “doutor em direito” jamais deixará de ser “doutor em direito”). No passado, ocorreram situações em que o magistrado, promovido por merecimento, obteve, já durante o trânsito para a nova comarca, uma segunda promoção por merecimento, sem haver, portanto, **desempenhado** o cargo anterior: ocorrências desse jaez estão, a meu ver, descartadas pela atual regra constitucional de aferição do merecimento.

Essa interpretação é corroborada pelo exame dos trabalhos legislativos que antecederam a EC nº 45, de 2004. A proposta original de Emenda Constitucional nº 96, de 1992, formulada por diversos deputados para introduzir modificações na estrutura do Poder Judiciário, previa, como pressuposto da promoção por merecimento, o exercício por, no mínimo, quatro (4) anos no grau em que se encontrasse o magistrado. O substitutivo de 1999, da relatora da Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre essa proposta, retirou aquela exigência quadrienal e introduziu a cláusula de aferição do merecimento **conforme** o desempenho, vindo esse texto a se transformar, sem modificação no ponto, na EC nº 45, de 2004. Pode-se assim entender que foi substituída a exigência, aliás excessiva, de quatro anos de exercício no nível em que se encontra o magistrado pela de que, ao menos, tenha ele desempenhado a judicatura nesse nível, o que não ocorre, evidentemente, se foi licenciado para tratamento de saúde, afastado para freqüentar curso de aperfeiçoamento, ou posto em disponibilidade com vencimentos integrais, entre as várias hipóteses de falta justificada do exercício da magistratura.

## **9 Freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento**

A Resolução nº 6, de 13.09.2005, do CNJ, estabeleceu que os tribunais devem editar atos que disciplinem a frequência e o aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento, **com a respectiva graduação** (art. 4º), o que vem sendo interpretado como **prévia pontuação** das várias espécies de cursos.

Na linha da crítica já feita ao sistema da **prévia pontuação** dos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição (item 2, supra, último parágrafo), entendo que também não é viável a “pontuação”, “graduação” ou “divisão em escalas” de cursos por ato normativo, uma vez que, pelo texto constitucional (alínea c do inciso II do art. 93), compete aos juízes-avaliadores, no julgamento do processo de promoção por merecimento, conferir maior ou menor valor a este ou àquele curso, considerada não apenas a sua **frequência** pelo candidato, mas também – e principalmente – o **aproveitamento** que ele obteve. O que a norma regulamentar pode e deve fazer é estabelecer critérios ou diretrizes de avaliação, como, por exemplo, a norma de um Tribunal Regional Federal que prescrevesse atribuição de maior valor a um curso na área de atuação da Justiça Federal (v.g., em Direito Previdenciário) do que a um curso fora da área de sua atuação (v.g., Direito da Criança e do Adolescente), sendo ambos do mesmo nível (v.g., Especialização). A despeito dessa diretriz, o juiz-avaliador não está obrigado a estimar igualmente dois cursos do mesmo nível na mesma área (v.g., Especialização em Direito Previdenciário), porque um candidato pode ter tido **aproveitamento** melhor do que o outro.

De mais a mais, o sistema de **prévia pontuação** de cursos, se estabelecido com o escopo de vincular os juízes-avaliadores, não terá grande eficácia, porque a aferição do mérito poderá fazer-se **preponderantemente** pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e ainda pelo excepcional desempenho do candidato. A não ser que também esses critérios e o desempenho dos candidatos sejam graduados previamente com pontos, a aferição do merecimento dependerá sempre do **livre convencimento motivado** dos juízes-avaliadores.

## **Conclusões**

Das considerações acima, podem-se extrair algumas conclusões importantes:

1ª) A aferição objetiva do merecimento resulta (a) da adoção de critérios objetivos e (b) da forma objetiva do julgamento, mediante voto aberto e motivado de cada um dos juízes-avaliadores;

2ª) É incompatível com a prerrogativa de livre convencimento motivado dos juízes-avaliadores o sistema de **prévia pontuação**, seja do desempenho e dos critérios objetivos de produtividade e presteza, seja da frequência e do aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

3ª) Por critérios objetivos de aferição do merecimento devem entender-se aqueles livres de interesses, gostos ou preconceitos, isentos e imparciais, que se baseiam na razão, e não na simpatia, na antipatia ou em qualquer outro sentimento pessoal;

4ª) Visto que incluídos implicitamente na cláusula constitucional do desempenho, podem ser explicitados, por ato normativo infraconstitucional, outros critérios objetivos de aferição do merecimento, com a finalidade de estimular práticas que combatam deficiências do funcionamento da Justiça;

5ª) Não constitui desempenho meritório o simples cumprimento dos deveres funcionais básicos, como assiduidade, pontualidade, manutenção de conduta irrepreensível na vida pública e privada, residência na sede do juízo etc.;

6ª) A antigüidade não pode ser utilizada como fundamento preponderante na aferição do merecimento, sob pena de comprometer-se a validade da votação;

7ª) O merecimento vincula-se ao desempenho ou exercício da jurisdição, ficando prejudicada a aferição do merecimento em relação ao período em que o candidato esteve licenciado para tratamento de saúde, afastado para a frequência a cursos de aperfeiçoamento ou em disponibilidade com vencimentos integrais, entre outras situações de falta justificada de exercício da magistratura;

8ª) É imprescindível que os juízes-avaliadores distingam entre desempenho do magistrado e desempenho do juízo em que lotado, sendo indispensável lhes sejam remetidos, além de estatísticas, dados pelos quais possam avaliar com amplitude o ambiente de atuação dos candidatos à promoção por merecimento, sem prejuízo de os interessados participarem da instrução do processo administrativo, na forma da Lei nº 9.784, de 1999 (art. 3º, III), mediante o encaminhamento de documentos e razões que os favoreçam.

## **Notas**

1. **Política e Governo.** Trad. de Maria José da Costa Félix Matoso Miranda Mendes. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p.

239. Segundo Karl Deutsch, a performance tem duas dimensões, a eficácia e a eficiência.

2. **Supremo Tribunal Federal**: julgamento do Mandado de Segurança nº 26.264, Delza Curvello Rocha e outros vs. Conselho Nacional do Ministério Público, rel. Min. Marco Aurélio, sessão plenária realizada em 21.05.2007.

3. Promoção e antiguidade de juízes após a Emenda Constitucional n. 45/2004. In: **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 256-257.

4. A reforma do Judiciário e a promoção por merecimento do magistrado. In: **Reforma do Judiciário**: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 361-374.

5. **Dicionário filosófico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 420.

6. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, verbete "objetivo" (5): "livre de interesses, de gostos, de preconceitos (diz-se ger. de descrição, notícia, julgamento etc.); imparcial, isento."

7. Essa também é a opinião do juiz de direito e professor Olavo de Oliveira Neto, em "A reforma do Judiciário e a promoção por merecimento do magistrado", cit., p. 362.

8. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**: A Suprema Corte da Bahia e seus Juízes: 1609-1751. Trad. de Maria Helena Pires Martins. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 247.

9. **Reflexões sobre a Vaidade dos Homens**: ou discursos morais sobre os efeitos da vaidade oferecidos a El-Rei Nosso Senhor D. José I. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 164.

10. Vem a propósito a seguinte matéria publicada no jornal **Zero Hora**, de Porto Alegre, edição de 24.08.2007, p. 12: "**Regra virou exceção**. Crítico de plantão dos escândalos envolvendo colegas e crimes de colarinho-branco, o senador **Pedro Simon** foi homenageado ontem por ser exemplo de ética na política, mas lamentou o fato de a honestidade virar motivo de prêmio. – **É lamentável que estejamos vivendo em um país onde ser probo, decente, ético e honesto seja motivo de homenagens, quando isso deveria ser o pressuposto fundamental para exercer qualquer atividade pública** – disse na abertura do 7º Encontro Sul-brasileiro de Constitucionalistas, na sede do Ministério Público, na Capital."

11. O paradoxo só não ocorre no ingresso na carreira, mediante concurso público, que é avaliação **individual** de desempenho.

12. Assim denominou esse fenômeno o Ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, em palestra proferida em 20.11.2007, no Seminário "Ética no Judiciário: Tendência Internacional e Nacional", promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília. Na ocasião, alertou para a crescente perda do **caráter da pessoalidade** do trabalho do juiz, substituído no exame dos processos por assessores.

13. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, verbete "desempenhar" (5): "exercer (cargo, função etc.) <d. a função de coordenador>"; **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, verbete "desempenhar" (4): "exercer, executar: **desempenhar uma função, um cargo.**"

14. Trata-se aqui da disponibilidade da parte final do art. 31 da LC nº 35, de 1979, garantidora da inamovibilidade.

15. Poder-se-á, nesse caso, objetar que, tendo o juiz sido afastado para freqüentar curso de aperfeiçoamento com autorização do tribunal (LC nº 35, de 1979, art. 73, I), não poderia ser "prejudicado" pelo exercício de um direito. Prejudicado certamente ele não será, o que não pode é ser "beneficiado" com uma promoção por merecimento sem demonstrar mérito **no desempenho da jurisdição**. Merecimento terá, sim, aquele juiz que, sem